

NHỮNG VẤN ĐỀ PHÁT SINH KHI THỰC HIỆN HỢP ĐỒNG ĐỐI TÁC CÔNG TƯ

LÊ NẾT

TRỌNG TÀI VIÊN VIAC VÀ SIAC, LUẬT SƯ LNT & PARTNERS

NHÀ ĐẦU TƯ CẦN HIỂU CÁC ĐIỂM CQNN QUAN TÂM. CQNN CŨNG CẦN HIỂU VẤN ĐỀ NHÀ ĐẦU TƯ QUAN TÂM

Risk matrix – chia sẻ rủi ro đối với từng vấn đề giữa nhà nước và tư nhân

- Theo từng giai đoạn B, O / L, T, tài chính, các thay đổi
- Nguyên tắc: phân loại rủi ro, ai quản lý rủi ro nào tốt nhất với chi phí thấp nhất thì nên gánh rủi ro đó

Hỗ trợ của Nhà nước

- Cơ chế chính sách
- Tài chính

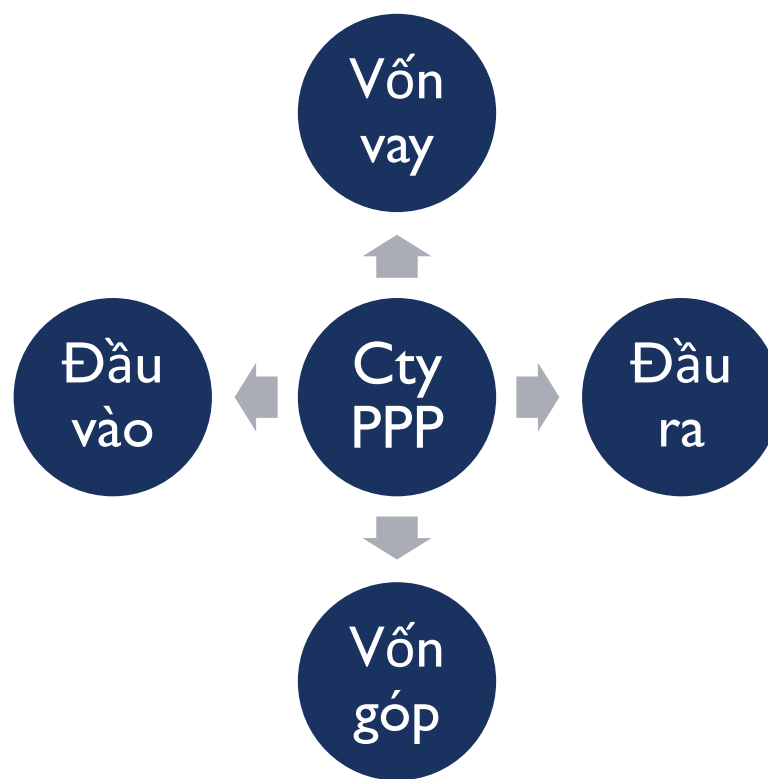
KPI của Nhà nước

- Lợi ích trước mắt (dễ giải trình): tài chính
- Lợi ích lâu dài (khó định lượng): tác động lan tỏa (public goods) đến sự phát triển kinh tế - xã hội của địa phương hay của cả nước.

Mô hình PPP

- Là mô hình project finance

MÔ HÌNH TÀI CHÍNH PPP: NĐT MONG MUỐN NHÀ NƯỚC TÁC ĐỘNG VÀO ĐIỂM NÀO?



RISK MATRIX – CHIA SẺ RỦI RO GIỮA BA NHÀ: NHÀ NƯỚC, NHÀ ĐẦU TƯ, VÀ NHÀ BĂNG (RỦI RO PHẢI ĐI KÈM VỚI LỢI ÍCH)

Rủi ro	Nhà nước	Nhà đầu tư	Ngân hàng
Chính sách	X		
Đất đai	X		
Tài chính (vốn góp/vốn vay)		X	X
Xây dựng		X	
Tỷ giá và chuyển tiền	X		
Đầu ra	? (lợi ích NN là gì?)	X	
Đầu vào		X	
Doanh thu	? (lợi ích NN là gì?)	X	
Lợi ích thu được	KPI	Lợi nhuận	Lợi nhuận

HỖ TRỢ CỦA NHÀ NƯỚC

Pháp lý

- Quy định rõ ràng, an toàn
- Thủ tục nhanh gọn và theo thông lệ quốc tế (nhất là thông lệ đấu thầu)

Tài chính

- Chi phí đền bù giải tỏa
- Chia sẻ rủi ro
- Các chi phí khác

Cơ chế chính sách, ưu đãi

- Cam kết không cạnh tranh
- Tiền thuê đất
- Thuế

KPI CỦA NHÀ NƯỚC: MỘT DỰ ÁN PPP THÀNH CÔNG PHẢI ĐẠT ĐƯỢC LỢI ÍCH GÌ? KHI KIỂM TOÁN DỰA TRÊN TIÊU CHÍ GÌ?

Lợi ích trước mắt

- Thời gian chuyển giao cho Nhà nước?
- Chi phí nhà nước bỏ ra có thu hồi được không?
- Nếu không thì sao?

Lợi ích lâu dài

- Vai trò vị trí của dự án trong tổng thể phát triển kinh tế quốc phòng xã hội của vùng, ngành
- Cách định lượng các tiêu chí trên theo thang điểm
- Nếu không đạt các tiêu chí này thì sao?

NỘI DUNG

Quan hệ giữa quy trình đầu tư và HĐ PPP

- Các hạn chế giữa các cơ quan nhà nước ảnh hưởng đến đơn vị dự thầu

Cấu trúc HĐ PPP: các chương, modules, mối liên hệ

- Các điều khoản dạng B, dạng O, dạng L và dạng T
- Các vướng mắc ở các giai đoạn B, O, L và T

Cách vượt qua các khó khăn trong HĐ PPP

- Trong giai đoạn đàm phán, ký kết hợp đồng
- Trong giai đoạn thực hiện, kết thúc hợp đồng và giải quyết tranh chấp

QUAN HỆ GIỮA QUY TRÌNH ĐẦU TƯ VÀ KÝ KẾT HỢP ĐỒNG PPP – GIỮA CƠ QUAN NHÀ NƯỚC VÀ CHỦ ĐẦU TƯ

Pre-FS, FS

- Quy hoạch, lập Pre-FS và trình, thẩm định, phê duyệt
- Phê duyệt FS

HSMT,
HSDT

- Lập. thẩm định, phê duyệt, phát hành HSMT,
- Chuẩn bị, nộp, mở HSDT, đánh giá HSDXKT, HSDXTCTM

HĐ PPP

- Trình, thẩm định, phê duyệt, công khai KQLCNĐT
- Đàm phán, hoàn thiện, ký kết, công khai HĐ PPP

QUY TRÌNH THỰC HIỆN DỰ ÁN PPP LĨNH VỰC GIAO THÔNG VẬN TẢI

1. Xác định, sàng lọc và lập thứ tự ưu tiên các dự án PPP

Danh sách các dự án có tiềm năng thực hiện theo hình thức PPP	Bổ nhiệm Cơ quan thực hiện		Đề xuất dự án do Nhà đầu tư đề xuất
	Sự tham gia của Tư vấn giao dịch (nếu cần thiết)		
	Lập đề xuất dự án		
	Đánh giá tính tuân thủ	Đánh giá đa tiêu chí MCA	Phân tích khả thi kỹ thuật sơ bộ
			Phân tích khả thi tài chính sơ bộ
			Phân tích khả thi kinh tế sơ bộ
			Khảo sát thị trường sơ bộ
			Phân tích sơ bộ hình thức hợp đồng PPP phù hợp
	Báo cáo thẩm định 1		
	Phê duyệt đề xuất dự án		
Công bố đề xuất dự án được phê duyệt			

2. Nghiên cứu khả thi

Lập kế hoạch chuẩn bị Nghiên cứu khả thi	Sự tham gia của Tư vấn giao dịch	
	Lập báo cáo nghiên cứu khả thi	
	Nghiên cứu khả thi kỹ thuật	Phân tích hình thức hợp đồng phù hợp
	Rà soát đặc biệt địa điểm thực hiện dự án	Tái cấu trúc dự án
	Đánh giá tác động môi trường	Phân tích rủi ro
	Đánh giá pháp lý	Phân tích kinh tế
	Phân tích tài chính	Phân tích hiệu quả đầu tư
	Khảo sát thị trường	Khác
	Báo cáo thẩm định 2	
	Phê duyệt báo cáo nghiên cứu khả thi	

3. Quy trình đấu thầu, lựa chọn nhà đầu tư

Thành lập nhóm phụ trách đấu thầu, lựa chọn nhà đầu tư	Sự tham gia của Tư vấn giao dịch (nếu cần thiết)	
	Phát hành HSMST	Phát hành HSMT
	Hội nghị tiền sơ tuyển/ trả lời câu hỏi của NGĐT	Hội nghị tiền đấu thầu/ trả lời câu hỏi của NGĐT
	Nhận HSDST	Nhận HSDT
	Đánh giá HSDST và lập danh sách ngắn	Đánh giá, làm rõ HSDT, xếp hạng NGĐT
	Báo cáo quy trình đấu thầu	Thẩm định kết quả lựa chọn nhà đầu tư
	Dự thảo hợp đồng	
	Chuẩn bị đàm phán	Kế hoạch quản lý hợp đồng
	Thỏa thuận đầu tư (trừ dự án nhóm C)	
	Hợp đồng dự án hoàn thiện	

4. Trước ngày có hiệu lực

Cơ chế thực hiện và quản lý dự án	Bổ nhiệm nhóm quản lý hợp đồng (người quản lý hợp đồng)	
	Bên cho vay thực hiện rà soát đặc biệt	Hoàn thành thu xếp tài chính
	Các điều kiện tiên quyết khác	

5. Trước khi tiến hành thi công

Lựa chọn nhà thầu	Rà soát thiết kế kỹ thuật	Thẩm định thiết kế kỹ thuật	Phê duyệt thiết kế kỹ thuật
	Rà soát thiết kế bản vẽ thi công		
	Chuẩn bị mặt bằng thi công	Bổ nhiệm kỹ sư độc lập (nếu cần)	
	Giấy phép và các tài liệu pháp lý	Kế hoạch và lịch trình huy động nguồn lực	

6. Thi công xây dựng

Thông báo khởi công	Thường xuyên rà soát các báo cáo và tiến độ xây dựng
	Rà soát các tiêu chuẩn đánh giá tài liệu đấu thầu
	Giám sát tuân thủ các biện pháp bảo vệ môi trường và xã hội
	Duy trì bảo đảm thực hiện xây dựng

7. Vận hành thử trước khi bàn giao

Lập kế hoạch vận hành thử	Sự tham gia của nhà thầu độc lập chuyên về vận hành thử	Kiểm tra
	Báo cáo thẩm tra	
	Nghiệm thu từng phần/ nghiệm thu hoàn thành hạng mục công trình	Quyết toán vốn đầu tư
	Kiểm tra khoản bồi thường được xác định trước	

8. Vận hành

Tổng cục, Cục quản lý chuyển nhượng tiếp quản	Giám sát công tác bảo hành
	Thường xuyên giám sát hoạt động của dự án
	Giám sát các KPI đã thỏa thuận
	Giám sát mức phí áp dụng
	Giám sát các cam kết với ngân hàng
	Giám sát việc sửa chữa và bảo trì

9. Chuyển giao

Lập kế hoạch chuyển giao	Kiểm tra tài sản
	Kiểm tra vận hành
	Kiểm tra các vấn đề pháp lý
	Chuyển giao
	Hoàn trả cho nhà đầu tư khoản bảo đảm thực hiện nghĩa vụ chuyển giao

Cần phê duyệt/bổ nhiệm của Lãnh đạo Bộ GTVT

CẤU TRÚC HỢP ĐỒNG: CON ĐƯỜNG HAI CHIỀU

Điều khoản thương mại: đi xuôi

- Điều khoản chung, Module B, O/L,T, Module phát sinh và điều chỉnh, huy động vốn

Điều khoản pháp lý: đi ngược

- Điều kiện tiên quyết, cam đoan bảo đảm, cam kết, vi phạm, chấm dứt, bồi thường, bất khả kháng, hoàn cảnh thay đổi, chia sẻ rủi ro, bổ sung vốn

Các điều khoản khác: đi vòng quanh

- Luật áp dụng, giải quyết tranh chấp, hiệu lực, thông báo, chuyển nhượng, thứ tự thanh toán v.v.

CẤU TRÚC MODULE DẠNG B (BUILD)

Các bước	Thương mại (Cách thực hiện)	Pháp lý (Các vướng mắc cần giải quyết)
Bắt đầu	Ngày khởi công	Điều kiện khởi công, hạt chót (long stop date), hậu quả xảy ra
Chuẩn bị	Chuẩn bị vốn, nhân lực, mặt bằng	Hạn chót huy động vốn (financial close), bàn giao mặt bằng, bảo lãnh thực hiện HĐ, hậu quả xảy ra.
Thiết kế	Thiết kế, phê duyệt thiết kế, khảo sát địa chất, thẩm định lại số liệu mà CĐT đưa ra	Thay đổi thiết kế hay các chỉ tiêu KPI, gia hạn (EOT), chi phí phát sinh (do thay đổi hay do chậm trễ).
Thi công	Tiến độ, báo cáo, giải ngân	Chậm tiến độ, thiếu báo cáo và phê duyệt, chậm giải ngân, thiếu vốn, bù đắp vốn, hậu quả xảy ra
Chạy thử, nghiệm thu	Hoàn tất xây dựng (MC), nạp liệu, kiểm tra, chạy không tải, chạy có tải, kiểm tra, hoàn tất và cấp phép hoàn công	Chậm MC, ký MC và hệ quả, phát sinh chi phí do thời gian chạy thử, nghiệm thu quá thời hạn, không vượt qua các cuộc thử nghiệm, phạt hay ngừng?

CẤU TRÚC MODULE DẠNG O (OPERATE) VÀ L (LEASE)

Các bước	Thương mại (Cách thực hiện)	Pháp lý (Các vướng mắc cần giải quyết)
Vận hành	Cấp phép vận hành	Điều kiện tiên quyết, chậm phê duyệt, chậm khắc phục lỗi, hậu quả
Thu phí (module O)	Cách tính phí, báo cáo tình hình thu phí, kiểm toán, sử dụng phí	Điều chỉnh phí (điều kiện, phê duyệt), gia hạn thời gian thu phí, bù lỗ, chia sẻ rủi ro, quy trình phê duyệt để được hưởng tiền chia sẻ rủi ro, nguồn tiền từ ngân sách nhà nước (chi thường xuyên hay chi đầu tư XD CB)
Thanh toán (module L)	Quy trình nhận thanh toán (module L)	Hồ sơ thanh toán, bổ sung hồ sơ, phê duyệt, chậm thanh toán và lãi suất.
Bảo trì	Lịch trình bảo trì, chi phí bảo trì	Chi phí định kỳ, chi phí phát sinh (do thiên tai, tai nạn v.v.), được tăng tổng mức đầu tư và gia hạn thời gian khai thác hay không, v.v.?

CẤU TRÚC MODULE DẠNG T (TRANSFER)

Các bước	Thương mại (Cách thực hiện)	Pháp lý (Các vướng mắc cần giải quyết)
Thời điểm	Thời gian theo HĐ, gia hạn thu phí	Điều kiện gia hạn
Đánh giá hoàn tất	Kiểm tra tình trạng: tài sản, vận hành, pháp lý, khắc phục các tồn tại.	Checklist, kiểm tra mục tiêu KT-XH mà dự án đề ra (KPI), đánh giá, đề xuất thưởng hay phạt.
Chuyển giao	Chỉ định bên nhận, chuyển giao Dự án, phụ tùng, CBCNV, tài liệu, HĐ O&M	Bên nhận không đủ năng lực? Chọn bên nhận mới? Tình trạng nhận bàn giao không đủ, bàn giao một phần?
Chấm dứt HĐ	Trường hợp chấm dứt: khi hết thời hạn, trước thời hạn, thanh toán khi chấm dứt, trả lại các biện pháp bảo đảm	Định giá tài sản khi chấm dứt, thanh toán cho CĐT theo giá trị tài sản hay thanh toán cho CĐT theo công sức, giá trị đầu tư? Bồi thường cho CĐT khi chấm dứt do CQNN có lỗi,
Giải thể cty PPP và hoàn vốn	Quy trình giải thể hay chuyển giao	Chấm dứt và giải thể công ty PPP hay chuyển giao toàn bộ vốn điều lệ? Các vấn đề tồn đọng (nợ thuế, NLĐ, các chủ nợ khác ...)

CẤU TRÚC MODULE TÀI CHÍNH (FINANCE)



Các bước	Thương mại (Cách thực hiện)	Pháp lý (Các vướng mắc cần giải quyết)
Góp vốn	Lịch biểu góp vốn tương ứng với HĐ EPC, các HĐ khác	Chậm góp vốn, lấy tiền thu phí để góp vốn, chậm thi công ảnh hưởng đến tiến độ giải ngân
Đi vay	Termsheet, đàm phán, ký HĐ vay, Financial Close	NH đề nghị thay đổi HĐ PPP? Không đạt financial close sau hạn chót? Các nguồn vốn bổ sung?
BP bảo đảm	Quyền SD đất, Tài sản trên đất, cổ phần nhà đầu tư, bảo lãnh của CĐT	Định giá QSDĐ? Chậm cấp GCN QSDĐ? Nội dung các HĐ về BPBD, bảo lãnh, Đăng ký tài sản bảo đảm.
Phát hành trái phiếu	Thời điểm phát hành, kế hoạch trả lãi, nguồn tiền để trả lãi?	Điều kiện phát hành? Phát hành không thành công? Nguồn vốn bổ sung?
Phát hành cổ phiếu	Thời điểm phát hành?	Tăng vốn được coi là giải pháp sau cùng? Khả năng thành công khi gọi vốn?
Chấm dứt HĐ vay, đáo hạn trái phiếu	Sự kiện chấm dứt HĐ vay hay đáo hạn trái phiếu (đúng hạn hay trước hạn), các trường hợp áp dụng	Tái cấu trúc khoản vay (gia hạn, đảo nợ, thay đổi hình thức), chấm dứt sớm do vi phạm (event of default – EOD), hậu quả của EOD.

CÁC SỰ KIỆN QUAN TRỌNG VÀ CÁC ĐIỀU KHOẢN QUAN TRỌNG KHÁC

Sự kiện	Các bước thực hiện	Các vướng mắc cần giải quyết
Thay đổi (variation)	Trường hợp thay đổi và quy trình	Chậm phê duyệt? Giá cả không thống nhất? Tạm đồng ý thay đổi? CQNN can thiệp trái thẩm quyền?
Bất khả kháng (FM)	Các trường hợp FM, quy trình thông báo FM và hậu quả	Tranh cãi về điều kiện phát sinh FM, chi phí phát sinh khi FM, chấm dứt HĐ do FM quá lâu
Hardship	Lạm phát cao, cấm vận, Covid, quy trình đàm phán theo BLDS 420.	Hardship không phải là không lường trước được nhưng khó đàm phán và khó khắc phục
Luật thay đổi	Luật và chính sách thay đổi	Định nghĩa “chính sách”, ảnh hưởng thay đổi, hệ quả
Luật áp dụng	Chọn luật điều chỉnh và luật áp dụng	Luật VN có được bên cho vay đồng ý không?
GQ tranh chấp	Cơ quan giải quyết	Có cần DB hay hòa giải không? Trọng tài VIAC hay SIAC, ICC?

TÀI LIỆU THAM KHẢO

- Luật đầu tư theo hình thức đối tác công – tư và các văn bản pháp luật có liên quan
- Các tài liệu của BKHĐT về dự án đối tác công tư và Hợp đồng PPP
- Các tài liệu của World Bank, ADB về PPP
- Lê Nết, Các Hợp đồng Tài trợ Dự án, NXB Lao động 2021
- Liên hệ:
 - Lê Nết, Công ty Luật LNT & Partners, Lầu 21, Bitexco Financial Tower, 2 Hải Triều, Q1, TP HCM
 - Net.LE@LNTpartners.com Tel: +84909759699.

